

追いつめられた被害者

小林 憲太郎

序章	追いつめられた被害者に関する二つの最高裁決定
第一章	任意性の意味と限界
第一節	緊急避難標準説
第二節	補充性を充足する過剰避難標準説
第二章	裁判例の検討
第一節	二つの最高裁決定
第二節	他の帰責肯定例——福岡高裁宮崎支部平成元年判決
第三節	帰責否定（制限）例——広島高裁昭和二十九年判決
終章	結語

序章 追いつめられた被害者に関する二つの最高裁決定

近年になってわが国の最高裁判所は、心理的に追いつめられた被害者が、自ら法益侵害へと赴いた事案、さらには被害者を心理的に追いつめ、自ら法益侵害へと赴かせ（ようとし）た事案を立て続けに扱い、前者においては因果関係を、後者においては実行行為性を、それぞれ肯定する判断を示した。

前者の事案は次の通りである。

被告人四名は他の二名と共謀のうえ、被害者に対し公園において、深夜約二時間一〇分にわたり、間断なくきわめて激しい暴行を繰り返し、引き続きマンション居室において、約四五分間、断続的に同様の暴行を加えた。

被害者はすきをみて、右記マンション居室から靴下履きのまま逃走したが、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、逃走を開始してから約一〇分後、被告人らによる追跡から逃れるため、右記マンションから約七六三メートルないし約八一〇メートル離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車にねき過されて死亡した。

このような事案において最二小決平成一五年七月一六日刑集五七卷七号九五〇頁は、上告を棄却したうえで、職権で次のように判示した。

「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とつさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当としては認することができる。」

つづいて後者の事案は次の通りである。

被告人は自己と偽装結婚させた女性（以下「被害者」という）を被保険者とする、五億九八〇〇万円の保険金を入手するために、かねてから被告人のことを極度に畏怖していた被害者に対し、事故死にみせかけた方法で自殺することを暴行、脅迫を交えて執拗に迫っていた。

さて被告人は、平成一二年一月一日午前二時過ぎ頃、愛知県知多半島の漁港において、被害者に対し、乗車した車ごと海に飛び込んで自殺することを命じた。被害者は自殺を決意するには至らなかったものの、被告人の命令に従って車ごと海に飛び込んだ後に、車から脱出して被告人の前から姿を隠す以外に、助かる方法はないとの心境に至り、車ごと海に飛び込む決意をした。こうして被害者は普通乗用自動車を運転して、岸壁上から下方の海中に車ごと転落したが、水没する車から脱出して死亡を免れた。

このような事案において最三小決平成一六年一月二〇日刑集五八巻一号一頁は、上告を棄却したうえで、職権で

次のように判示した。

「上記認定事実によれば、被告人は、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人を極度に畏怖して服従していた被害者に対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせたものといえることができる。

被告人は、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ぼせたものであるから、被害者に命令して車ごと海中に転落させた被告人の行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである。

また……被害者には被告人の命令に応じて自殺する気持ちはなかったものであって、この点は被告人の予期したところに反していたが、被害者に対し死亡の現実的危険性の高い行為を強いたこと自体については、被告人において何ら認識に欠けるところはなかったのであるから、上記の点は、被告人につき殺人罪の故意を否定すべき事情にはならないといふべきである。

したがって、本件が殺人未遂罪に当たるとした原判決の結論は、正当である。」

これら二つの事案において、かりに被害者がその完全に自由な意思に基づいて、高速道路に進入したり、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落したとすれば、そのことを理由に帰責が制限される可能性がある。最高裁の判示も明らかに、そのような含みを持たされた表現になっている。ただ被害者が重大な危害を加えられるおそれがあり、あ

るいは被害者がそう信じていたことから、それを避けるためにやむを得ず危険な行為に及んだことが、帰責を肯定する理由の重要な構成要素とされているのである。このような発想は従来からも、数多くの裁判例の中にみられるものであり、直観的にもある程度支持し得る結論を導いている。⁽¹⁾

もつともこのような発想が、具体的にどの程度の射程を持つものかは、帰責を制限する被害者の自由意思の内容に、もう少し立ち入った検討を加えない限り、明らかにすることができない。たとえば①「重大な危害」といつても、生命や身体の枢要部分に対するそれに限られるのか、②「おそれ」といつても、危害が（ほぼ確実ではあるが、）ずっと先に予測される場合でもよいのか、③「やむを得ず」といつても、ほかに危害を避ける（より安全な）手段が存在しないことまで必要なのか、などといった問題に対しては、それだけを独立に考察する限り、適切な回答を与えることができないのである。

本稿は以上のような観点に基づいて、被害者の任意的関与による帰責制限が、どのような事情のもとで排除されるかにつき検討を加えるものである。⁽²⁾

(1) 裁判例の詳細については島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、二〇〇二）二二三頁以下、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、二〇〇三）九五頁以下、山口厚編著『ケース&プロブレム刑法総論』（弘文堂、二〇〇四）四九頁以下（小林などを参照。なお裁判例を分析するにあたり、本文に述べたところに加え、「強制者が現場にいたか否か」とか、「被害者の状態如何（たとえば酩酊の有無など）」などといったパラメータを用いる論者も存在する。大越義久『共犯論再考』（成文堂、一九八九）七頁。しかしそれらも結局のところ、本文に述べたところに収束し、独立のパラメータとしては機能しないように思われる。たとえば強制者が現場にいないければ、ふつう予測される危害はそれほど大きくないであろうし、またそれを避ける安全な手段も数多く残されるであろう。逆に被害者が高度に酩酊していれば、可能な逃走手段を認識することは困難であろう。

(2) なおそもそも被害者の任意的関与が、なぜ帰責を否定する効果を持つのかや、いかなる帰責要件を欠如させるのかといった問題は、本稿の射程を越えるので扱わない。したがってたとえば、いわゆる危険の引き受けがどのような理論構成に基づいて帰責を遮断するのかとか、実行行為性や正犯性、因果関係などといった帰責要件の、いずれを欠如させるのかといった論点の解決は、重要ではあるが別稿に譲らざるを得ない。

被害者の同意の有効性と、行為者の正犯性との関係についても同様である。

第一章 任意性の意味と限界

第一節 緊急避難標準説

かつて筆者は、危難の転嫁が緊急避難（刑法三七条一項本文）を構成する場合⁽³⁾には、転嫁行為に出た被害者の任意性が否定されると述べたことがある。被害者の関与の任意性とは刑法が、関与しない自由を関与する自由と同じだけ保障して初めて成立する概念であるところ、そのような場合には被害者から、「転嫁行為に出ない」という選択肢を奪うこともやむを得ないという価値判断を、刑法自体が下している、その意味で関与しない自由が制限されているから、というのがその理由であった⁽⁴⁾。このような基本的発想それ自体については、現在でも変更の必要を感じていない⁽⁵⁾。しかしもう少し詳細に敷衍する必要があるかもしれない。

まず出発点となるのは原則として被害者自身が、どのような危害が重大であるかを判断する権能を有しているということである。したがって被害者が、その価値観や信仰、望む生き方に照らし、耐え難い苦痛にさいなまれ、この先の生命にも危険が及ぶくらいなら、いつそのことすぐに死んだ方がましだと判断したのであれば、一般に生命が何物にも代え難い、最高の価値を有しているというだけで、任意性を肯定するのは適切でない⁽⁶⁾。

もちろん被害者の価値観も、無限定に刑法による承認を受けるわけではない⁽⁷⁾。だからこそ刑法典は個人的法益に對する罪も、法益主体の価値観ではなくて、あくまでその一般的な重大さに照らして類型化しているのである。し

たがって被害者に、その愛犬を殺されたくなければ自殺しろと命じた行為者を、実際に被害者が自殺した場合に、殺人罪（刑法一九九条）で処罰するのは——被害者がその愛犬をどれほどかわいがっていたとしても——適切ではなからう。⁽⁸⁾

このようにみてくると、被害者の関与の任意性が否定される事案は、それほど多くないと感じられるかもしれない。しかし厳密に考えると裁判例の事案の多くは、被害者が危害を避けるために危険を冒したにとどまり、そこから生ずべき侵害結果についてまでは甘受していないものである。つまり任意性を判断する際に危害の重大さと衡量されるのは、侵害結果の重大さではなくて、冒される危険の重大さとどまるのである。そうだとすれば刑法が法益の侵害よりも、その危殆化をはるかに軽く評価していると解される以上、⁽¹⁰⁾任意性が否定される範囲はより拡大するものと思われる。

第二節 補充性を充足する過剰避難標準説

前節で述べたように、被害者の関与の任意性を判断するに際しては、基本的に緊急避難の枠組みが用いられるべきである。しかし危難の転嫁が緊急避難の要件に充足していない限り、常に任意性を肯定し、帰責を制限するというのもまた、必ずしも実態に即した判断とはいえない。というのも、現に危害に襲われている人間の心理は非常に不安定なものであり、冷静に害を衡量するという作業を常に期待できるとは限らない。⁽¹¹⁾にもかかわらず、たとえばとつさに選択した逃走手段が、たまたまその危害よりも重大な危険をはらむものであったというだけの理由で、任意性に関し、そうでない場合とまったく異なる評価を下すのでは、人間の精神構造を無視し、あたかもロボットのように扱うことになってしまうからである。

このような点に鑑みると、被害者が現に危害に襲われている場合には、往々にして一種のパニック状態に陥りや

すいことを、任意性を否定する方向で考慮すべきであろう。すなわちそのような状態においては、たとえ被害者がその危害よりも多少、重大な侵害結果を甘受し、あるいは危険を冒した、つまり害の衡量を逸脱したとしても、その実感しにくい、言い換えれば関与しない自由が制限されていると感じがちであることから、任意性を否定すべきだと思われる⁽¹²⁾。ただもちろん被害者が、過剰性を認識するにとどまらず、それを意図していた、いわば意図的過剰の場合には、任意性を肯定する余地がある。もつともこのようなケースは實際上想定し難く、せいぜい被害者が積年の恨みから、自分の身を犠牲にしても行為者を、より重い罪責に陥れようと考えた場合などに限られよう。

ところで拷問が一年後に予定されており、しかしその苦痛を避けるには即時に自殺するほかなく、実際に被害者がそうした場合などは、一見すると危害が（ほぼ確実ではあるが、）ずっと先に予測されるにすぎないかにもみえる。つまり被害者は冷静でいることができ、したがって害の衡量を逸脱している以上、直ちに任意性は肯定されるようにも思われる。しかしそのような場合でも被害者は、熟慮の余地なく決断を迫られる状況に直面しているという点で、実は現に危害に襲われているのである⁽¹³⁾。したがって今まさに拷問を受け、激痛に襲われている被害者が、とつさに苦痛のない自殺を選択した場合と同じく、パニック状態を考慮に入れる必要があるから、任意性が否定される余地がある。

もつともここで注意を要するのは、被害者が現に危害に襲われていることにより、パニック状態にあるというだけで、直ちに任意性が否定される余地が生じるわけではないということである。具体的にいうと、その危害を避けるのにより安全な方法が存在する、言い換えれば緊急避難の補充性が充足されていないことを被害者が認識している場合には、そのことだけで、もはや任意性が否定される余地は存在しないというべきである⁽¹⁴⁾。パニック状態にある人間が冷静に害を衡量できないというのは、危険を避ける唯一の方法は往々にして、実際よりも良くみえるということであって、ほかにより安全な方法が存在することを被害者が認識している場合には、そのようなパニック状

態の典型的特性が発現する前提を欠くからである。

(3) ここでは被害者という同一法益主体内での緊急避難が問題になっているから、いわゆる連帯性の原理からくる制限は及ばない。Vgl. z.B. Günther Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, 13. Abschn., Rn. 34; 21. Abschn., Rn. 89. 学説の中にはそもそも強要による緊急避難の場合に、被強要者が不法に加担していることを理由に、連帯性を要求できないとして緊急避難の成立を制限するものも多いが、ここでは考慮する必要がない。この問題について、詳しくは橋田久「強制による行為の法的性質(一)・(二)・完」法学論叢二二巻一号(一九九二)九〇頁以下、四号(同年)九一頁以下、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学五五号(二〇〇〇)二二頁以下などを参照。もっとも逆にいえば、異なる法益主体間での緊急避難が問題になる場合、たとえばロクシンのいう、被害者が法益放棄により追求した利他的目的に係る欺罔などについては、別途検討を加える必要がある。Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 282, なおロクシンの見解については、齊藤誠二「欺罔にもとづく承諾」刑事法学の歴史と課題・古川経夫先生古稀祝賀論文集(法律文化社、一九九四)一五九頁以下が詳し。

(4) 小林・前掲『因果関係と客観的帰属』九六頁以下。さらに山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関大法学論集三三巻三・四・五合併号(一九八三)三四五頁、同『刑法総論Ⅰ』(成文堂、一九九九)二〇九・二一〇頁、齊藤誠二『特別講義刑法』(法学書院、一九九一)一四頁、林美月子「錯誤に基づく同意」刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀(有斐閣、一九九四)三三頁、三三頁注三四、三三頁注三九、三三頁以下、浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」座大法学三四巻三号(二〇〇〇)一三・一四頁参照。

(5) もちろんこのような基本的発想それ自体に、根本的な疑問を投げかける論者も存在する。その代表例である林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』(有斐閣、一九九八)二四九頁は、「自由意思の有無は、あくまで被害者本人の意思に即して判断されなければならない」と述べる。さらに井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号(二〇〇〇)九一頁以下、上嶋一高「被害者の同意(一)」法学教室二七二号(二〇〇三)八〇頁以下(逆に法益関係の錯誤があっても自由意思の余地を認める)；Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 36ff.; Wolfgang Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 495ff. 参照。しかしこのような見解は自由意思もまた、法的な概念であることを看過している点で、方法的な問題を抱えている。小林憲太郎「いわゆる『救助・追跡事故』について——強制・緊急状況における被害者の関与と結果の帰責——」千葉大学法学論集一五巻三号(二〇〇一)一五八・一五九頁参照。またこの点をおくとしても、そもそもそこにいる「(不)自由」の内実とは、たとえばきわめて大きな不利益を避けるためには、死ぬほかにないなどというものであり、本稿で述べるところとそれほど異ならないことに注意を要する。林(幹・前掲)「錯誤に基づく被害者の同意」二五三頁。

さらに学説には、強要罪(刑法二二三条、ドイツ刑法典二四〇条)を構成する程度の危害が付加された場合に、被害者の任意性を否定するも

- の存在⁹⁸。Z.B. Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.33f.; Rolf-Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, 1977, S.37f.; Hans-Joachim Hirsch, in: Strafrechtzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl., 1994, Vor § 32, Rn.120; Roxin, AT, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 13, Rn.81. (ただし行為者の「間接」正犯性の標準は「免責的緊急避難」[ドイツ刑法典三五条]に対応する強制状況に求める) (つれづれは平野龍一監修・町野朔・吉田宣之監訳「ロクシン刑法総論」[基礎・犯罪論の構造] [信山社出版 二〇〇三]に翻訳がある) これは「アルツト」などを除き——他者を侵す場合と異なり、規範的障害が欠けることから、緊急避難よりも緩やかな要件のもとで、任意性を否定する趣旨に出たものであろう。Vgl. Theodor Lencker, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafrechtzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 32ff., Rn.48. (Art Sch/Sch 略記) かつ論理的には、この程度の危害を付加すれば強要罪が成立するかを明らかにしない限り、何もいっていないに等しいと思われる。Vgl. Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S.112. (Art Einwilligungと略記) また規範的障害の有無に着目して要件を異にする点も、今日ではほぼ論駁されている。島田・前掲「正犯・共犯論の基礎理論」二六二頁以下参照。
- (6) だからこそ多くの論者は、死期の迫った患者が耐え難い苦痛にさいなまれている場合には、その同意を得て安楽死させることを承認しているのである。この問題について、詳しくは甲斐克則「安楽死と刑法」(成文堂、二〇〇三) 同「尊厳死と刑法」(成文堂、二〇〇四) 参照。
- (7) またそうでないと、そもそも被害者の任意性が肯定される余地が失われてしまう。Vgl. Roxin, in: Noll-GS, S.293f. (も「この批判の対象であるヤコプスの弟子であるゲーベルは、被害者の価値観を無限定に尊重しているわけではな。Vgl. Göbel, Einwilligung, S.115ff.)
- (8) この点につき、詳しくは小林・前掲「いわゆる『救助・追跡事故』について——強制・緊急状況における被害者の関与と結果の帰責——」一五九・一六〇頁参照。なおこのような場合でも、因果経過の経験的通常性、すなわち相当因果関係は肯定される余地がある。大を何よりも大切にする人間が愛犬のために命を捨てるのは、ありがちな事情だと考えられるからである。またそうだからこそこの場合には、殺人罪と同じく結果との間に相当因果関係が必要とされる、自殺教唆罪(刑法二〇二条)が成立する余地が存在するのである。このように被害者の任意的関与による帰責制限は、相当性によるそれと——多くのケースで事実上一致するものの——論理的には同値でないことに注意を要する。本稿で扱うのは専ら前者である。
- (9) これすら認められない場合には、そもそも被害者の任意的関与を理由に、帰責を制限する余地が存在しないというべきである。もつともその詳細な論証は、割愛せざるを得ない。前掲注(2)参照。なお被害者が逃走中に死傷した事案において、帰責を肯定した裁判例の中には、このような場合も多い。深町晋也「判批」法学教室二八一号(二〇〇四)一四九頁参照。
- (10) 山口厚「問題探究 刑法各論」(有斐閣、一九九九)一八頁参照。
- (11) この点で島田・前掲「正犯・共犯論の基礎理論」二九五頁が、「強制ないし緊急状況に置かれた場合、人は必ずしも合理的な選択ができず、あとから考えれば到底法益の均衡を満たさないような行為をどうしても行いがちだ」と述べるのは適切である。
- (12) 林(美)・前掲「錯誤に基づく同意」四六頁が、「厳密には生命は最も重要な法益であるから、将来の苦痛に満ちた死が確実であってもこれを避けるために生命を犠牲にすることは法益衡量からは正当化されにくい。しかし、このような緊急状況で行為する行為者は、殺害の手段をと

らざるを得なかった点で、責任阻却されうるとすれば、そのような状況にある行為者自身が自殺する場合も、同様にあるいはそれ以上に、自殺を決定せざるを得ないといえよう。自殺の決定は自由な意思によるものとは言えない。」と述べるのも同旨であろう。ただし前半部分について、法益衡量から正当化する余地も存在することは、前節で述べた通りである。

(13) このことはいわゆる「正当防衛類似状況 (notwehrähnliche Lage)」をめぐる議論に、典型的に現れつつある。Vgl. Sch/Sch (Lenckner/

Walter Petron), § 32, Rn. 16f. この問題については齊藤誠二「正当防衛権の根拠と展開」(多賀出版、一九九一) 二六一頁以下参照。

(14) 島田・前掲「正犯・共犯論の基礎理論」二九六頁参照。これは被害者が侵害結果を認識している場合に、それを欠くことで行為者の正犯性が肯定されるような任意性の標準を論じたものである。これに対して論者によれば、被害者が危険を認識したにとどまる場合には、行為者の正犯性はそのことだけで基礎づけられており、後は因果関係や違法性が阻却され得るにとどまるという。山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、二〇〇三) 一三三頁以下(島田)。しかしそれを欠くことで因果関係や違法性が肯定されるような任意性の標準も、同様の枠組みで判断されるはずである。この点で島田と同様の正犯概念を採用する山口が、平成一六年決定の事案においても、同様の枠組みで殺人未遂罪(刑法一九九、二〇三条)の成否を判断しているのは適切である。山口「被害者の行為を利用した法益侵害」法学教室二九〇号(二〇〇四)一〇八頁。

ところで論者は被害者の任意性が否定されても、行為者がその根拠となる緊急状況やその誤信を作出していない限り、違法性がないとしている。山口「欺罔に基づく『被害者』の同意」『田宮裕博士追悼論集・上巻』(信山社出版、二〇〇一) 三七頁以下(ただし緊急状況の範囲がやや広い)、同『刑法総論』(有斐閣、二〇〇一) 七〇、一四一・一四三頁(同上)、同『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一号(二〇〇三) 一〇・一一頁(同上)、島田・前掲書二〇五・二〇六頁。これは第三者の緊急状況への関与の場合と、同様の処理を行おうとしたものと評価することができよう。その意味でこれを、同意の有効性を論じたものと捉えるのは、厳密には正しくない。しかし「背後者の関与の時点において、法秩序としてはすでに価値の高い法益を救助するためには価値の低い法益が失われてもやむを得ない」と決断しているのであるから、そのような、法秩序の予定する方向に事態を押し進めた者に対して、法秩序が否定的評価を下すのは評価矛盾だから(島田・前掲書一九八頁)という理由から導けるのは、被害者という同一法益主体内で客観的な緊急避難状況が成立している場合には、たとえ行為者自身が緊急避難の要件を充足していなくても、そのような状況の作出がなければ違法評価を下せないということにすぎない。そしてさらにこれに賛成するとしても、被害者が行為者の欺罔なく緊急状況を誤信している場合には、事情を知る行為者を処罰すべきだと思われる。小林・前掲『因果関係と客観的帰属』九二頁以下参照。

第二章 裁判例の検討

第一節 二つの最高裁決定

つづいて前章で明らかにしたところに基づいて、いくつかの裁判例に検討を加えることにしたい。

まず序章でみた二つの最高裁決定である。このうち平成一六年決定の方は、ほぼ支持し得るものといえる。被害者は長期間にわたり、被告人から激しい暴行・脅迫を受けて極度に畏怖し、そのいいなりにさせられており、犯行当時においても、その前日から暴行・脅迫を交え、車ごと海中に転落して自殺するよう執拗に要求されていた。その意味で被害者は、極度のパニック状態に陥っていたと推測することができる。また被告人は「本件犯行当時、被害者をして、被告人の命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていた」というのであるから、被害者には補充性の認識も存在したと評価することが可能である。⁽¹⁵⁾ 他方、被害者には自殺する現実的な意思までではなく、ただそのリスクを冒して生き残る可能性にかけ、死亡を装って被告人から身を隠そうと考えたにすぎないのであるから、かりに害の衡量を逸脱しているとしても、その程度がそれほど大きいとはいえない。⁽¹⁶⁾ 以上の点からすれば被害者の関与の任意性は否定されるから、被害者が自らの自由な意思に基づいて車ごと海に飛び込んだことを理由に、そうするように指示した被告人の行為は殺人罪の実行行為とはいえないとする弁護人の主張を、最高裁が排斥したのは適切であったと評価することができる。

これに対して平成一五年決定においては、被害者がほかに危害を避ける方法が存在しないと認識していたことが、積極的に認定されていない。もちろん原判決（東京高判平成一四年一月一四日東高刑時報五三卷一〇二二号一〇

二頁)の認定によれば、「被害者は被告人らの追跡を逃れる最も安全な方法として本件高速道路への立入りを即座に選択したと認めるのが相当である」というのであるから、被害者には補充性の認識も存在したといつてよいのかもしれない。しかし最高裁自身としても、この点を明示すべきであつたように思われる。

第二節 他の帰責肯定例——福岡高裁宮崎支部平成元年判決

つづいて他の帰責を肯定した裁判例をみてみることにしたい。ここではとくに福岡高裁宮崎支部平成元年判決を取り上げる。

事案は次の通りである。

被告人は当時六六歳の独り暮らしをしていた被害者から盲信に等しい信頼を得て、短期間に合計七五〇万円もの多額の金員を欺罔的手段で借り受けたが、その返済のめどが立たなかったことから、いづれその事情を被害者が察知して警察沙汰になることを恐れ、発覚を免れるため被害者をして、自殺するよう仕向けることを企てた。

こうして被告人は昭和六〇年五月二十九日、被害者がSに金員を貸していたことを種にして、それが出資法という法律に違反しており、まもなく警察が調べに来るが、罪となると三か月か四か月刑務所に入ることになるなどと、虚構の事実を述べて脅迫した。そして不安と恐怖におののく被害者を、警察の追及から逃がすためという口実で連れ出して、一七日間にわたり、鹿児島から福岡や出雲などの諸所を連れ回ったり、自宅や空家に一人で潜ませ、その間体力も気力も弱った被害者に、近所の人にみつかるとうすぐ警察に捕まるとか、警察に逮捕されれば身内の者に迷惑がかかるなどと申し向けて、その知り合いや親戚との接触を断ち、もはやどこにも逃げ隠れる場がないとい

う状況にあるとの錯誤に陥らせた。そのうえで被告人は、身内に迷惑がかかるのを避けるためにも自殺する以外にとるべき道はない旨、執拗に慫慂して被害者を心理的に次第に追いつめ、犯行当日には、警察官がついに被告人方にまで事情聴取に来たなどと、警察の追及が間近に迫っていることを告げて、その恐怖心を煽った。一方被告人は、唯一被害者の頼るべき人として振る舞ってきた、被告人にも警察の捜査が及んでおり、もはやこれ以上庇護してやることはできない旨、告げて突き放したうえ、被害者が最後の隠れ家として一縷の望みを託していた、大河原の小屋もないことを確認させた。

このような経緯により被害者は、もはやこれ以上逃れる方途はないと誤信して自殺を決意し、自らマラソン乳剤原液約一〇〇CCを嚥下して死亡した。

このような事案において福岡高宮崎支判平成元年三月二四日高刑集四二卷二号一〇三頁は、次のように述べて控訴を棄却した。

「自殺とは自殺者の自由な意思決定に基づいて自己の死の結果を生ぜしめるものであり、自殺の教唆は自殺者をして自殺の決意を生ぜしめる一切の行為をいい、その方法は問わないと解されるものの、犯人によって自殺するに至らしめた場合、それが物理的強制によるものであるか心理的強制によるものであるかを問わず、それが自殺者の意思決定に重大な瑕疵を生ぜしめ、自殺者の自由な意思に基づくものと認められない場合には、もはや自殺教唆とはいえず、殺人に該当するものと解すべきである。……出資法違反の犯人として厳しい追求を受ける旨の被告人の作出した虚構の事実に基づく欺罔威迫の結果、被害者は、警察に追われているとの錯誤に陥り、更に、被告人によって諸所を連れ回られて長期間の逃避行をしたあげく、その間に被告人から執拗な自殺慫慂を受けるなどして、

更に状況認識についての錯誤を重ねたすえ、もはやどこにも逃れる場所はなく、現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信して、死を決したものであり、被害者が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたならば、およそ自殺の決意をする事情にあったもの(と)は認められないのであるから、その自殺の決意は真意に添わない重大な瑕疵のある意思であるといふべきであつて、それが被害者の自由な意思に基づくものとは到底いえない。したがつて、被害者を右のように誤信させて自殺させた被告人の本件所為は、単なる自殺教唆行為に過ぎないものといふことは到底できないのであつて、被害者の行為を利用した殺人行為に該当するものである。」

この事案は被害者が現実に危害に襲われていたわけではなく、あくまで被告人にそう思い込まされていただけである。しかし任意性にとつて重要なのは内心において認識された事実だけであるから、本稿で扱うテーマに関して、この点を取り立てて強調する必要はない。

そこで本判決がどのような事情を考慮に入れ、被害者の自由意思を否定したかをみると、具体的な事実関係の中で、とくに被害者が「警察に追われているとの錯誤に陥り、更に、被告人によつて諸所を連れ回られて長期間の逃避行をしたあげく、その間に被告人から執拗な自殺懲罰を受けるなどして、更に状況認識についての錯誤を重ねた」こと、及び「現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信して、死を決した」ことが指摘されている。つまり問近に迫った(と誤信した)危害を目にしてパニック状態にある被害者が、補充性を認識しつつ自殺に及んだことが重要だと解されているのである。そしてこのような発想は、これまで繰り返述べてきたところからも明らかのように、基本的に支持することができるように思われる。⁽¹⁹⁾

問題は害の衡量、もしくはその逸脱の程度である。本件では被害者が現実に命を絶つことを望んでおり、その意味で生命の侵害それ自体と、警察に捕まり刑務所に入ることの不利益が衡量されなければならない。そして殺人罪

（刑法一九九条、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役）と逮捕・監禁罪（刑法二二〇条、三月以上五年以下の懲役）の法定刑の大きな較差に鑑みると、死んだ方がましであるという被害者の価値観を、直ちに刑法において尊重することは困難であろう。⁽²⁰⁾しかしそうだとしても害の衡量の逸脱の程度が甚大で、たとえば過剰避難（刑法三七条一項但書）の規定による刑の免除がおよそ認められないほどであるかと問われれば、⁽²¹⁾そうでないとする判断もあながち不当とはいえない。⁽²²⁾まさしく被害者の任意性が認められるか否かの限界事例といえよう。

第三節 帰責否定（制限）例——広島高裁昭和二九年判決

最後に帰責を否定ないし制限した裁判例をみてみることにしたい。ここではとくに広島高裁昭和二九年判決を取り上げる。

事案は次の通りである。

被告人と被害者とは昭和七年頃婚姻し、以来約一七年間、両人の性格の違いから多少の風波は避けられないながらも、取り上げるほどの紛糾もなく同棲生活を続けてきた。ところが被告人は昭和二四年二月末頃から同年三月一六日頃まで、被告人の姉婿にあたるMが同人の息子Rと共に被告人方に滞在していた間において、Mと被害者との間に不倫な関係が結ばれたと邪推した。そのため被告人は同年三月末頃から、ほとんど毎日のごとく被害者を詰責し、被害者の外出逃避を監視しつつ、時には「死ぬる方法を教えてやる」といいながら失神するほどに首を締め、または足蹴にし、錐、槍の穂先等で腕、腿等をつくなど、常軌を逸した虐待、暴行を加えた。また被告人は被害者を強要して、Mとの姦通事実を承認する書類、または「自殺します、〇〇（被害者の名前——筆者注）」なる書面を

作成させ、さらに同年六月上旬頃、被害者の実家を継いでいるYを電報で呼び寄せ、被害者の面前においてその不貞行為を繰り返して述べ、金品の給付によってこれを慰藉すべきことを暗示するなどした。

こうして被告人は、被害者に対する直接、間接の暴行、脅迫行為を繰り返し、もって執拗に被害者に対して肉体的、精神的な圧迫を加えた。このため被害者としても、被告人の前記暴行、脅迫の連続によって心身共に疲労し、いまさら実家に復帰することもできず、さればとて、かつて被害者が同年六月頃、所轄警察署に保護を求めたが取り上げられなかったので、官憲に対する救援も望み得ないと思惟し、ついにこれ以上被告人の圧迫を受けるより、むしろ死を選ぶにしかずと決意した。こうして被害者は同年七月一八日午後一時前後の頃、畑地続きの山林中において縊死を遂げた。

このような事案において広島高判昭和二九年六月三〇日高刑集七卷六号九四四頁は、次のように述べて原判決を破棄し、被告人を懲役三年に処した。

「自殺とは自己の自由な意思決定に基いて自己の死を惹起することであり、自殺の教唆は自殺者をして自殺の決意を生ぜしめる一切の行為であつて、その方法を問わないと解する、従つて犯人が威迫によつて他人を自殺するに至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪でなく殺人罪を以て論ずべきである。ところで本件においては前記の如く被告人の暴行、脅迫によつて被害者が自殺の決意をするに至つたものであること並に被告人が自己の行為によつて被害者が自殺するであろうことを予見しながら敢て暴行、脅迫を加えたことが夫々認められるけれども、被告人の右暴行、脅迫が被害者の前記決意をなすにつき意思の自由を失わしめる程度のもの

であつたと認むべき確証がないので、結局被告人の本件所為は自殺教唆に該当すると解すべきである。」

この判決は被告人の罪責について、被害者がその自由意思に基づいて自殺すれば自殺教唆罪にとどまるが、そうではなくて、被害者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、殺人罪が成立するとの一般論を展開したものである。しかしこれだけでは、ある意味でトートロジーにすぎないから、事案に対する具体的な適用を通じて、その情報内容を増加させる必要がある。

そこで本件の事実関係をその仔細にわたってみてみると、少なくとも「被告人は被害者の自殺した直前頃まで被害者に対して残忍苛酷な暴行、脅迫を継続していた事実」は認めることができる。しかしパニック状態にあるというだけで、任意性が否定されないのはすでに述べた通りである。そこでさらに裁判所の認定事実をフォローしてゆくと、「被告人は被害者からの協議離婚の申出を拒否し常に被害者を監視し、衣類並に筆紙の使用についても絶対に独断を許さなかつたと認められること、被害者は齢四〇を超えながら実子なく、実家も既に妹夫婦が承継し今更喜んで被害者の復帰を迎えるとは考えられないこと、被害者が警察の保護も期待し得ず却つてそうするときには被告人の感情を刺戟し更に暴行を受ける虞ありと思惟していたこと」も認めることができる。

しかしこのような事情だけをもって被害者に、補充性の認識も存在したと評価するのは適切でないように思われる。たとえば（前者や後者はともかく中間者である）実家への復帰は、自殺よりも安全な危害の回避方法であり、これを覆すような、つまり嫌がられるよりも生命を失う方がましだというような被害者の価値観は、刑法の承認するところではないからである。⁽²³⁾そして裁判所が先述の一般論に基づいて、被害者の自由意思を肯定し自殺教唆罪を成立させるにとどめたのも、このような思考過程が裏に潜んでいたからではなかろうか。

(15) もっとも橋田久「判批」法学教室二八九号(二〇〇四)一五三頁は、「身柄を拘束されていた訳でもない乙(被害者——筆者注)には、警察に通報するという他行為の選択は不可能ではなかったと見る余地がある」と述べる。

(16) 逆に被害者が現実には自殺を決定したとすれば、害の衡量を大きく逸脱し、任意性が肯定されるとも解せなくはない。現に調査官解説である藤井敏明「判解」ジュリスト一二七五号(二〇〇四)一六二頁も、「被害者は、被告人の執拗な命令等によって、車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥り、そこまでは意思決定の自由が奪われていたが、自殺せよという被告人の意思に反して、車内から脱出して生き延びようと考えていたというのであるから、その限度では、行為に及ぶにつきいわずに自発的意思が働いていたものともいえる」と述べている。しかしそうだとすれば本件で、被害者が現実には自殺を決定したと誤信した被告人には、殺人罪の故意が認められなくなるはずである。にもかかわらず最高裁は、殺人罪の故意を争う弁護人の主張を退けているのであるから、やはり「自殺意思を生じさせるにはより高度の意思の抑圧が必要であると解されるが、本件事案における程度のもので足りる」との考えが示されている」と解するのが適切であろう。山口・前掲「被害者の行為を利用した法益侵害」一〇八頁。

(17) これに対して因果関係を否定した第一審判決(長野地松本支判平成一四年四月一〇日刑集五七卷七号九七三頁)は、「本件被害者が本件第二現場から逃走した後の行き先については、現場の地理的な条件や被害者が逃走して探索されている状況下にあるという心理状態を考えても、選択の余地は多々あり……」としていた。そしてこれが「控訴審判決が指摘するように、選択の余地が多々あるという点も、冷静な判断を求めることができることを前提とするものであって、被害者が被告人らの暴行によって置かれた状況を等閑視するもので、その前提を取ることで自体に疑問がある」と批判されるのである。大場亮太郎「判批」警察学論集五七卷六号(二〇〇四)一七四頁。

(18) 小林・前掲「因果関係と客観的帰属」九八頁。

(19) 北原一夫「判批」研修六五二号(二〇〇二)一五六頁によれば、平成一六年決定の原判決(名古屋高判平成一四年四月一六日刑集五八卷一號二〇頁)も、これと同様の解釈を示したものである。

(20) 第一章一節参照。これに対して芝原邦爾ほか編「刑法判例百選II各論(第五版)」(有斐閣、二〇〇三)七頁(塩谷毅)は、「被害者の主観的な価値観からすればまさにそのような心理状況(優越する何らかの利益を維持するために自己の法益を放棄するしかない)と錯誤した場合——筆者注——に迫り込まれていたといえるであろう。本件については、多くの論者が被害者の意思決定の自由は奪われていたとみているのである」とする。さらに曾根威彦「判批」法学セミナー四三〇号(一九九〇)一一七頁参照。

(21) このような基準に言及するものとして、島田・前掲「正犯・共犯論の基礎理論」二九七頁参照。ただし論者はそれが、「わが国の緊急避難の規定にプラスしてドイツ刑法三五条の基準を借用するという手法」と「結論としては……ほぼ同じになるであろう」と述べているから、任意性が否定される範囲について、危険の対象を限定する点でやや狭すぎる反面、害の衡量の逸脱の程度を問題にしない点で、やや広すぎるように思われる。

(22) これに対して佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五)六八・六九頁注五一は、「刑法が生命を最も重要な法益としている以上、生命の喪失よりも重大な害悪を認めることは困難である。従って、脅迫・威迫を用いて死ぬことの認識のある被害者を利用した

殺人罪を認めるのは、欺罔を用いる場合に比べて著しく困難であると思われる（拷問による死と自殺を選択する場合などは別である」と述べる。またこれに賛成する林（美）・前掲「錯誤に基づく同意」四五頁以下も、「本件では、欺罔の内容が真実であったとしても、取調べと公判の後、三、四カ月刑務所に入るだけである。生命を犠牲にするのがやむを得ない状況とは考えにくい。」と述べている。

（23）第一章一節参照。

終章 結 語

本稿では主として近時の最高裁判例を素材として、被害者が侵害経過に任意に関与したことが、一定の範囲で帰責を制限する効果を有することを前提としつつ、追いつめられた、すなわち強制・緊急状況にある被害者の任意性が、どのような要件のもとで失われるかを検討してきた。その結果をまとめると、おおよそ次のようになる。

まず危険の転嫁が緊急避難を構成する場合には、転嫁行為に出た被害者の任意性は否定される。もつとも現に危害に襲われている場合には、被害者は一種のパニック状態に陥りやすく、冷静に害を衡量できるとは限らないから、その程度を多少逸脱しても、同様の結論を採用すべきである。ただしそれは、危険を避ける唯一の方法は往々にして、実際よりも良くみえるというにすぎないから、ほかにより安全な方法が存在すること、すなわち補充性の欠如を被害者が認識している場合には、そのことだけで、もはや任意性が否定される余地は存在しないというべきである。そして以上の判断に際しては、被害者の価値観が一定の役割を果たすものの、無限定に尊重されるわけではない。

翻って近時の最高裁判例、ひいては従来の下級審も含めた裁判例をみると、ほぼこのような見解によって説明できるように思われる。